



**Informe 13/2013, de 28 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)**

**Asunto: Posible concurrencia de prohibición de contratar con una entidad de derecho público, de una empresa cuyo director general mantiene una relación de convivencia afectiva análoga a la conyugal con una persona trabajadora de esta entidad**

**ANTECEDENTES**

I. El Departamento de Empresa y Ocupación ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la posible concurrencia de una prohibición de contratar.

El escrito de consulta adjunta, de acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva, un informe jurídico en el cual se expone que el órgano de contratación de la entidad se plantea la posibilidad de que una sociedad pueda estar incurso en prohibición de contratar dado que una trabajadora de la entidad había sido apoderada de esta sociedad. Asimismo, se plantea que la persona con quien la trabajadora mantiene un vínculo familiar o relación de convivencia había sido también socio y administrador único de la sociedad mencionada y, actualmente, es el director general.

Expuestas estas circunstancias, en el informe se concretan las cuestiones objeto de consulta en los siguientes términos:

*a) Se podría entender que la empresa yyy, incurre en prohibición de contratar por incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 60.1.f del TRLCSP dada la relación de su director general (zz) con una trabajadora de la entidad (xx).*

*b) En caso de que concurra esta prohibición en yyy, se podría hacer extensiva esta prohibición a la empresa kkk, como empresa matriz, de acuerdo con el artículo 60.3 del TRLCSP, al existir una relación de dependencia entre las empresas y que ésta pueda ser utilizada en fraude de ley para evitar la aplicación de la prohibición de contratar.*

II. El artículo 4.1 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, los departamentos de la Generalitat. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los correspondientes informes.

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

I. El Departamento de Empresa y Ocupación solicita informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la eventual concurrencia de "prohibición contratar por



incompatibilidad" de una empresa cuyo director general, según se señala, mantiene un vínculo familiar o relación de convivencia con una trabajadora de una entidad de derecho público vinculada a este Departamento.

De acuerdo con el artículo 60.1 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (de ahora en adelante, TRLCSP), no pueden contratar con el sector público las personas en las que se dé, entre otras, la siguiente circunstancia:

*"f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.*

*La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.*

*La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal."*<sup>1</sup>

Teniendo en cuenta los términos de la consulta, en la cual se hace referencia a la participación como director general de una sociedad limitada de una persona vinculada con análoga relación de convivencia afectiva a la conyugal con una trabajadora de una entidad de derecho público, se puede entender que la prohibición contratar cuya concurrencia se plantea es la relativa a la imposibilidad de contratar con el sector público a las personas jurídicas cuyos administradores estén incurso en incompatibilidad.

En este sentido, con el fin de determinar la eventual concurrencia de una incompatibilidad hay que recordar que, tal como ya ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>2</sup>, este artículo 60.1.f del TRLCSP remite a la legislación sectorial en la que se regulan las causas de incompatibilidad, para delimitar la concurrencia de la prohibición de contratar.

Así, con respecto al personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya, resulta de aplicación la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del

<sup>1</sup> La posible extensión de las eventuales causas de prohibición de contratar por incompatibilidad a los cónyuges o personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva ya se preveía en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; en el Texto Refundido de esta Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y, con pequeñas matizaciones, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

<sup>2</sup> Entre otros, en los informes 1/2009, de 28 de mayo; 6/2009, de 3 de julio; 13/2010, de 26 de noviembre; 9/2011, de 27 de octubre; y 6/2012, de 7 de junio.



personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya<sup>3</sup>, de acuerdo con la cual el personal al servicio de las administraciones públicas:

- a) No puede desarrollar, con carácter general, actividades privadas, por sí mismo o mediante sustitución, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o de particulares, que se relacionen directamente con las que desarrolla el departamento, el organismo o la entidad o la empresa pública en que presta servicios (artículo 11.a).
- b) No puede desarrollar, por sí mismo o mediante personas interpuestas, cargos de todo orden en empresas o en sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, entre otros, sea cuál sea la configuración jurídica de éstas (artículo 11.d)<sup>4</sup>.

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 60.1.f del TRLCSP, en relación con la regulación de los supuestos de incompatibilidad previstos en la Ley 21/1997, de 26 de noviembre, a fin de que concurra la prohibición de contratar en el supuesto que se analiza tienen que darse las siguientes circunstancias: por una parte, que la persona en quien concurre la eventual incompatibilidad –o el cónyuge o la persona vinculada con una relación de convivencia afectiva análoga– sea administrador de la persona jurídica respecto de la cual se plantea la prohibición de contratar<sup>5</sup> y, por otra parte, que esta persona desarrolle actividades privadas relacionadas con las que corresponden al ente, organismo o entidad del sector público donde presta servicios o desarrolle cargos de todo orden en empresas o sociedades contratistas.

**II.** Para determinar si se da la primera de las circunstancias mencionadas, y dado que la sociedad a que hace referencia el escrito de consulta es una sociedad limitada, tiene que analizarse quién tiene la condición de administrador en este tipo de sociedades.

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el artículo 1.2, esta Ley se aplica al personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya y de los organismos, entes y corporaciones de derecho público que dependen de aquélla y también al personal perteneciente a empresas públicas catalanas, sea cuál sea su relación jurídica de trabajo.

<sup>4</sup> La Ley estatal 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, recoge estos supuestos de incompatibilidad en su artículo 12.1.a y c, respectivamente, con carácter de legislación básica, de acuerdo con la disposición final primera de la Ley.

<sup>5</sup> En este sentido, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en los informes 52/07, de 24 de enero, de 2008 y 55/07, de 24 de enero de 2008; la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia en los informes 3/04, de 15 de abril, y 3/09, de 18 de junio; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en los informes 6/04, de 18 de noviembre, y 9/05, de 29 de septiembre; la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia en el Informe 5/07, de 24 de enero de 2008; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia en el informe 3/09, de 25 de junio de 2009; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía en el Informe 12/2012, de 4 de diciembre; y esta Junta Consultiva, entre otros, en los informes 6/2012, de 7 de junio y 13/2012, de 30 de noviembre.



El artículo 210 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, dispone que la administración de las sociedades de capital, entre las que se incluyen las sociedades limitadas, puede confiarse a un administrador único, a diversos administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.

Así, son las personas que ocupen estos cargos o que formen parte del consejo de administración de las sociedades limitadas, y sólo éstas, las que pueden incurrir en incompatibilidad y las que, eventualmente, pueden provocar la prohibición de contratar de la sociedad, si se dan el resto de circunstancias previstas en la normativa.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado<sup>6</sup>, al concluir que esta prohibición de contratar sólo se extiende a las empresas o entidades contratistas en los casos en qué la incompatibilidad a que se refiere el precepto afecte a alguno de sus administradores, no cuando afecte a un representante en quién no concurre la condición de administrador.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de julio de 2006, ha afirmado que *"La prohibición de contratar se impone a los administradores de la persona jurídica y no a la sociedad de la cual podría formar parte un concejal o el propio alcalde pero esta prohibición sin lugar a dudas se hace efectiva cuando, como en este caso, el alcalde es administrador de la sociedad que contrató con la Corporación. Es precisamente en este caso y no en otro en que se produce la prohibición ineludible para contratar que afecta a los administradores de la persona jurídica y en este caso al alcalde que ostentaba esta condición en la sociedad recurrente"*.

Esta interpretación no puede verse desvirtuada por el hecho de que el artículo 11.d de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, ya mencionada, determine como causa de incompatibilidad el desarrollo de cargos de todo orden en empresas o en sociedades concesionarias o contratistas porque es la legislación sobre contratación pública la que establece los requisitos y las condiciones que impiden contratar con el sector público, aunque lo pueda hacer por remisión a otra normativa, la cual la complementa, pero no la modifica. Esta circunstancia, pues, únicamente sería relevante a efectos de poder considerar la concurrencia del segundo de los requisitos a los que se ha hecho mención.

En definitiva, hay que concluir que únicamente concurre la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.f del TRLCSP de la empresa a que hace referencia la consulta, en caso que quede acreditado que la persona que mantiene una relación de convivencia afectiva con una trabajadora de la entidad de derecho público que contrata, es administrador de la sociedad, con independencia que ocupe otros cargos en la sociedad.

Finalmente, dado que en los antecedentes de la documentación enviada se hace referencia al hecho de que la persona respecto de la que se plantea la concurrencia de

---

<sup>6</sup> En el Informe 55/07, de 24 de enero de 2008, el cual, pese hacer referencia al artículo 20.e del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, es plenamente aplicable a la prohibición de contratar prevista actualmente en el artículo 60.1.f del TRLCSP, dado que este precepto contiene una regulación que no presenta diferencias sustanciales respecto de aquél.



incompatibilidad ha ocupado diferentes cargos en la empresa, hay que acordar que el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición tiene que cumplirse en el momento de presentación de las proposiciones y mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato<sup>7</sup>, ya que las prohibiciones de contratar se configuran legalmente, en caso de que concurran, como un impedimento para poder contratar. Por lo tanto, la causa de prohibición de contratar afecta tanto a los contratos perfeccionados que se hayan adjudicado dándose esta circunstancia, como también a los que se pretendan licitar y adjudicar mientras se mantenga la eventual prohibición de contratar. En cambio, no resultaría de aplicación la prohibición de contratar respecto de un contrato válidamente adjudicado que posteriormente resulte afectado por una causa que, en caso de haber concurrido antes de la adjudicación del contrato, habría determinado la nulidad<sup>8</sup>.

III. En el escrito de consulta se plantea una segunda cuestión relativa a si la eventual causa de prohibición de contratar por incompatibilidad podría hacerse extensiva a otra empresa que tiene la condición de matriz, de acuerdo con el artículo 60.3 del TRLCSP, al existir una relación de dependencia entre las empresas y que ésta pueda ser utilizada en fraude de ley para evitar la aplicación de la prohibición de contratar.

El artículo 60.3 del TRLCSP, literalmente dispone que *"las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas"*.

Este artículo pretende extender los efectos de las prohibiciones de contratar a sujetos diferentes a aquéllos en quienes concurren específicamente las circunstancias legalmente establecidas que impidan contratar con el sector público, en general, y con las administraciones públicas, en particular.

Esta previsión legislativa ha sido objeto de análisis por parte de diferentes juntas consultivas de contratación administrativa<sup>9</sup>, de los cuales se desprende lo siguiente:

---

<sup>7</sup> En este sentido se ha pronunciado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los informes 6/2012, de 7 de junio, y 14/2012, de 30 de noviembre; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en los informes 52/07, de 24 de enero de 2008 y 5/2013, de 10 de abril, respectivamente.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los informes 13/2010, de 26 de noviembre, y 14/2012, de 30 de noviembre.

<sup>9</sup> Entre otros, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en el Informe 7/2009, de 28 de diciembre; la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia en el Informe 5/2012, de 27 de julio; y esta Junta Consultiva en los informes 13/2009, de 30 de septiembre, y 7/2011, de 5 de julio.



- Con la presunción contenida en el artículo 60.3 del TRLCSP se pretende evitar el fraude de ley producido cuando la creación o modificación de empresas tiene como objetivo eludir la aplicación de las prohibiciones de contratar.
- La aplicación del artículo 60.3 del TRLCSP tiene que llevarse a cabo mediante el análisis de las concretas circunstancias que concurren en cada caso, sin que sea posible fijar un criterio de aplicación general. En este sentido, estos informes señalan como circunstancias que pueden tenerse en cuenta para presumir de una empresa es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar, las siguientes:
  - o La fecha de constitución (o de incorporación al grupo de empresas, en su caso) de la empresa que presuntamente es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar.
  - o Las personas que rigen las empresas; es decir, los miembros del órgano de administración y de dirección y los accionistas.
  - o La coincidencia o similitud de objetos sociales, así como de medios humanos y materiales, entre la empresa declarada en prohibición de contratar y la empresa que presuntamente es la continuación o deriva.
  - o Otras actuaciones que se lleven a cabo en fechas próximas a la declaración de prohibición de contratar, como cambios de denominación, ceses y nuevos nombramientos de los titulares de los cargos que rigen las empresas y cualesquiera otras que puedan considerarse como indicios de la voluntad de evitar los efectos de la prohibición de contratar.

Centrada la cuestión en estos términos, con respecto al supuesto objeto de consulta, en caso de que se diera la eventual causa de prohibición de contratar regulada en el artículo 60.1.f del TRLCSP, tendrían que valorarse las concretas circunstancias que concurren que esta Junta Consultiva desconoce y que, en todo caso, corresponde valorar a los órganos que tienen atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación.

De la documentación enviada únicamente se desprende la concurrencia de una de las circunstancias que se han mencionado anteriormente, que podría ser tenida en cuenta para la aplicación del artículo 49.3 del TRLCSP, esto es, la coincidencia en las personas que tienen encomendada la administración de la sociedad. Sin embargo, para poder presumir la continuación tendría que tenerse en cuenta, también, la coincidencia de medios materiales y técnicos con los que se llevaría a cabo el servicio y las dimensiones y la estructura de la empresa, entre otras circunstancias.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes





## **CONCLUSIONES**

1. De conformidad con el artículo 60.1.f del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, no pueden contratar con el sector público las personas jurídicas cuando su administrador incurra en alguno de los supuestos de incompatibilidad regulados en la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya. Esta eventual prohibición de contratar se extiende al cónyuge o a la persona vinculada con análoga relación de convivencia afectiva.
2. La aplicación de la prohibición de contratar de una empresa dominante de un grupo de empresas a las empresas del mismo grupo, en virtud del artículo 60.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, requiere la previa acreditación y comprobación, durante la tramitación del procedimiento correspondiente, de la existencia de una relación de dependencia entre la empresa matriz y sus empresas filiales, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en cada caso, como pueden ser las señaladas en la consideración jurídica III de este Informe.

**Barcelona, 28 de noviembre de 2013**